

## Tilburg University

### Verticale mededingingsafspraken

van Damme, E.E.C.

*Published in:*  
Sociaal economische wetgeving

*Publication date:*  
1998

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
van Damme, E. E. C. (1998). Verticale mededingingsafspraken. *Sociaal economische wetgeving*, 46(1), 8-17.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Verticale mededingingsafspraken

Prof. dr. E. van Damme\*

*In deze bijdrage wordt een overzicht gegeven van de inzichten die de moderne economische literatuur levert met betrekking tot verticale mededingingsbeperkingen. Er wordt betoogd dat verticale beperkingen fundamenteel verschillen van horizontale beperkingen en dat ze vaak pro-competitief zijn. Toch zijn verticale beperkingen niet altijd als positief te beoordelen, het effect hangt af van de marktstructuur. De bijdrage bespreekt ook het recente Groenboek van de Europese Commissie over verticale afspraken en evalueert de door de Commissie geformuleerde opties vanuit economisch perspectief.*

## 1. Inleiding

Op 22 januari 1997 publiceerde de Europese Commissie het "Groenboek betreffende verticale afspraken in het concurrentiebeleid van de Europese Unie".<sup>1</sup> Het Groenboek beschrijft de huidige beleidspraktijk met betrekking tot verticale mededingingsafspraken, de ervaringen opgedaan in de laatste 30 jaar, enige knelpunten, en geeft vier opties voor het beleid in de toekomst.

Er is een aantal redenen waarom het discussiestuk juist nu gepubliceerd wordt. De meest onmiddellijke reden is het aflopen van de groepsvrijstellingsverordeningen met betrekking tot alleenverkoop<sup>2</sup>, exclusieve afname<sup>3</sup> op 31 december 1997 en franchising<sup>4</sup> op 31 december 1999. Het aflopen van de verordeningen biedt de mogelijkheid nieuw beleid te initiëren, een beleid waarbij rekening gehouden wordt met de mate van marktintegratie in de Gemeenschap en met de in het verleden geleerde lessen, en waarin nieuwe inzichten uit de (economische) wetenschap worden geïncorporeerd. Tevens moet het beleid inspelen op belangrijke ontwikkelingen in de distributiesector, met name die ten gevolge van innovaties in de informatietechnologie, die nieuwe productiemethoden en organisatievormen mogelijk hebben gemaakt en die geleid hebben tot een verschuiving van de onderhandelingsmacht in een bedrijfskolom en tot een mogelijk geringere impact van parallelle handel.

Vanwege hun nauw verband met de marktintegratie zijn verticale afspraken van bijzonder belang geweest voor het concurrentiebeleid in de Europese Gemeenschap. De Commissie zelf is van mening dat haar beleid in deze overwegend succesvol is geweest. Zij meent dat het beleid de marktintegratie bevordert heeft en dat art. 85, lid 3, voldoende ruimte bood

voor een grondige economische beoordeling van de effecten van verticale afspraken op de concurrentiestructuur en het welzijn van de consument. Het gevoerde beleid heeft ook diverse procedurele voordelen. Het systeem van groepsvrijstellingen biedt rechtszekerheid voor marktpartijen en leidt tot een aanvaardbare werkdruk voor de Commissie. Het aanmeldingssysteem leidt er aan de andere kant toe dat bij de Commissie veel informatie beschikbaar is, hetgeen het beleid ten goede komt.

Marktpartijen en wetenschappers zijn minder lovend over het gevoerde beleid.<sup>5</sup> Ondernemingen en ondernemingsorganisaties klagen dat de huidige groepsvrijstellingen overregulerend zijn en flexibiliteit missen, dat het beleid bepaalde organisatievormen (verticale integratie) bevoordeelt, en dat de Commissie teveel nadruk legt op de vorm van de verticale overeenkomst en te weinig op de impact die de overeenkomst heeft op het functioneren van de markt. Ook wetenschappers pleiten voor een systeem waarbij marktanalyse een meer prominente plaats inneemt. Zij wijzen erop dat het weinig zinvol is om eerst (via art. 85, lid 1) alle afspraken te verbieden en dan vervolgens (via art. 85, lid 3) meer dan 90% van alle verticale afspraken toch van dat verbod uit te zonderen.<sup>6</sup> In zo'n situatie geniet het de voorkeur om een economische analyse van de effecten van een mededingingsafpraak reeds in een eerder stadium een rol te laten spelen. De nadruk zou meer moeten liggen op een economische analyse van de gevolgen van de regelingen, in plaats van op de juridische analyse van de vorm van de beperkingen, dit omdat, zoals we in het onderstaande zullen zien, vorm en effect weinig gerelateerd zijn. In het Europese mededingingsbeleid wordt geen onderscheid

\* De auteur is hoogleraar Economie, verbonden aan Center for Economic Research van de Katholieke Universiteit Brabant.

1. Het Groenboek is beschikbaar op het World Wide Web: <http://europa.eu.int/en/comm/dg04/dg4home.htm>.

2. Verordening nr. 1983/83/EEG, PB 1983, L173/1.

3. Verordening nr. 1984/83/EEG, PB 1983, L173/5.

4. Verordening nr. 4087/88/EEG, PB 1988, L359/46.

5. Voor een overzicht van de kritiek zie B. Hawk: The treatment of non-territorial vertical restraints under EU and US competition law (paper gepresenteerd voor D94, 8 december 1994), B. Hawk: System failure: Vertical restraints and EC competition Law, 4 C.M.L.R. 973-89 (1995). Zie ook D. Deacon: Vertical restraints under EU competition Law: new directions, Fordham Corp. Law Inst. (1996) 307-324.

6. Hawk, 1994, a.w. (noot 5), p. 25.

gemaakt tussen horizontale en verticale mededingingsbeperkingen: elke afspraak is in principe verboden onder art. 85, lid 1.<sup>7</sup> Vanuit economisch oogpunt zijn er echter goede redenen om verticale afspraken (afspraken tussen leveranciers en distributeurs) fundamenteel anders te beschouwen dan horizontale afspraken (afspraken tussen concurrenten). Bij verticale afspraken gaat het immers niet om afspraken tussen concurrenten, maar om afspraken tussen "complementoren", d.w.z. producenten van complementaire inputs voor hetzelfde finale goed. Bij concurrenten profiteert de ene partij van het uitoefenen van marktmacht van de ander (een prijsverhoging van de een vergroot de winst van de ander), bijgevolg hebben beide partijen belang bij een afspraak om wederzijds marktmacht uit te oefenen. Bij complementoren wordt de ene partij in zijn belangen geschaad als de ander marktmacht uitoefent en bijgevolg hebben partijen er belang bij elkaars marktmacht te beteugelen. (Een prijsverhoging van de een leidt tot dalende vraag bij de ander en daarmee tot een lagere winst.) Bij een verticale relatie is elke producent bijgevolg een natuurlijke bondgenoot van de consument en aldus kan de consument profiteren van verticale overeenkomsten. Daarom zien economen eerst en vooral voordelen bij verticale afspraken terwijl ze hoofdzakelijk nadelen zien bij afspraken met een horizontaal karakter.

Toch zijn verticale afspraken niet altijd concurrentiebevorderend en zijn ze niet altijd in het belang van de consument. Verticale afspraken kunnen in bepaalde, niet te veronachtzamen gevallen, de concurrentie schade of toetredingsbarrières opwerpen. De cruciale vraag is of de positieve dan wel de negatieve effecten overheersen. In deze bijdrage bespreken we de inzichten die de economische wetenschap voor de beantwoording van deze vraag heeft opgeleverd<sup>8</sup> en wat de consequenties daarvan zijn voor het beoordelen van de vicar opties voor toekomstig beleid die de Europese Commissie formuleert. In het vervolg van deze inleiding geven we een beknopte bespreking van deze inzichten en opties, en duiden we een probleemveld aan waar ons inzicht nog erg beperkt is. Een eerste inzicht is dat de marktstructuur en de mate van concurrentie op de markt bepalend zijn voor het effect van een verticale overeenkomst op de welvaart. In het geval dat de concurrentie tussen merken (de "inter brand" concurrentie) intens is, is van verticale afspraken (die de "intra brand" concurrentie beperken) in het algemeen weinig te duchten. Bijgevolg moet een verticale restrictie niet geïsoleerd bekeken worden maar in het geheel van de marktverhoudingen; het gaat om de marktstructuur en om de vraag of de beperking de "inter brand" concurrentie intensifieert of afzwakt. Gerelateerd hieraan is het inzicht dat de vorm van de restrictie, en ook het aantal restricties, er weinig toe doet. Eenzelfde contractbepaling kan in de ene situatie positief uitpakken en in een andere negatief. Een combinatie van twee beperkingen, die afzonderlijk wellicht niet in het belang van de consument zijn, kan in zijn totaliteit daarentegen positief voor de consument uitpakken. Het is niet zo dat een beperking van de handelsvrijheid met een beperking van concurrentie geïdentificeerd mag worden en dat een verdere inperking van de vrijheid automatisch een grotere beperking van de concurrentie inhoudt. Elke zaak moet in principe op haar merites beoordeeld worden.

In het Europese mededingingsbeleid wordt een strikt onderscheid gemaakt tussen prijsafspraken en niet-prijsafspraken en worden afspraken waarbij de distributeur niet volledig vrij is zijn prijzen zelf te bepalen in het algemeen meer vijandig

tegenmoet getreden. Met betrekking tot het beleid van afzonderlijke EU-Lid-Staten, alsmede dat van derde landen kan hetzelfde gesteld worden. Zo is in de Verenigde Staten verticale prijsbinding verboden, maar worden andere verticale afspraken volgens een "rule of reason" bekeken. Vanuit economisch oogpunt is een dergelijk onderscheid echter minder goed te rechtvaardigen. Aan de ene kant geldt namelijk dat prijs- en niet prijsrestricties vaak substituten met equivalente effecten zijn, terwijl aan de andere kant niet-prijsrestricties in sommige gevallen negatiever voor de consument uitpakken dan prijsrestricties. Zoals we zullen zien kan het verbieden van verticale prijsbinding dan ook tot een verslechtering van de welvaart leiden.

Met het Europese mededingingsbeleid worden (minstens) twee onafhankelijke doelen nagestreefd: het bevorderen van marktintegratie en het bevorderen van de concurrentie daar waar deze in het belang van de consument is. Vanwege de eerste doelstelling wordt aan parallelhandel een grote betekenis toegekend en bijgevolg worden afspraken waarbij absolute gebiedsbescherming wordt nagestreefd zeer vijandig bejegend. Beleid dat marktintegratie bevordert, is echter niet altijd in het belang van de consument. De economische theorie laat zien dat soms absolute gebiedsbescherming noodzakelijk is om een meer efficiënte allocatie te bewerkstelligen. De vraag is of in zo'n geval aan marktintegratie wel zoveel gewicht moet worden toegekend.

David Deacon<sup>9</sup> benadrukt de belangrijke consequenties die ontwikkelingen op het gebied van de informatietechnologie hebben voor distributiemethodes en, in het bijzonder voor de parallelhandel. Aan de ene kant wordt het voor de finale consument gemakkelijker zijn bestellingen tot een handelaar waar dan ook te richten. Dit suggereert dat concurrentie intenser wordt, en dat parallelhandel aan belang kan winnen daar waar transportkosten relatief laag zijn. Aan de andere kant heeft een leverancier meer informatie over zijn distributeurs, zodat hij deze wellicht makkelijker kan disciplineren, hetgeen parallelhandel zou kunnen bemoeilijken. Ook de wens om optimaal te delen in logistieke voordelen die de producent kan realiseren zou parallelhandel voor de distributeur minder interessant kunnen maken. Tegenover deze twee effecten staat dan weer het feit dat de technologie een verschuiving van "supply push" naar "demand pull" mogelijk maakt, hetgeen wellicht een verschuiving van de onderhandelingsmacht van de leverancier naar de distributeur of detailist impliceert. Deze laatste staan immers het dichtst bij de consument en zijn dus het best geïnformeerd over wat deze wil, zij beschikken over de essentiële informatie. Daar waar transportkosten hoog zijn, en de consument bijgevolg een langdurige relatie met een detailist opbouwt, is dit effect het sterkst. De vraag is nu welke implicaties deze ontwikkelingen hebben voor het belang van de parallelhandel en voor de vraag hoe verticale afspraken beoordeeld moeten worden. De moderne literatuur biedt nog weinig inzichten in dit complex van vragen.

7. Consten en Grundig/Commissie, Gevoegde Zaken 56 en 58-64 (1996), ECR 449.

8. Zie ook OFCD: "Competition policy and vertical restraints: franchise agreements", 1994; P. Dobson en M. Waterson: "Vertical restraints and competition policy," mimeo, 1995; P. Rey: "The economic analysis of vertical restraints," mimeo, 1995; P. Seabright: "European Union policy towards vertical restraints: a proposal and an assessment," mimeo, 1996 en P. Rey en F. Caballero: "The implications of the economic analysis of vertical restraints," te verschijnen paper van DG2.

9. Deacon, a.w. (noot 5), paragraaf 9.

Het Groenboek van de Europese Commissie formuleert vier opties voor het toekomstig beleid: (i) behoud van het huidige systeem, (ii) extensievere groepsvrijstellingen, (iii) restrictievere groepsvrijstellingen en (iv) het niet automatisch verbieden van verticale afspraken toegepast door ondernemingen met een gering marktaandeel, d.w.z. het invoeren van het vermoeden van een negatieve verklaring bij een geringer marktaandeel dan 20%. Om tot een beter oordeel te komen welk van deze opties de voorkeur verdient, gaan we in het onderstaande uitgebreider in op de inzichten uit de economische wetenschap zoals die in het bovenstaande reeds werden aangestipt. De Europese Commissie heeft laten weten bereid te zijn ook andere opties in haar beschouwingen te betrekken, echter deze moeten binnen het kader van art. 85 blijven. De Commissie heeft tevens aangegeven dat absolute gebiedsbescherming en verticale prijsbinding, waarbij de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloed kan worden, zal blijven vallen onder het verbod van art. 85, lid 1, met een zeer onwaarschijnlijke ontheffing onder art. 85, lid 3. Zoals we zullen laten zien, lijken deze laatste beperkingen echter niet zinvol. De opbouw van het vervolg van dit artikel is als volgt. In de volgende paragraaf beschrijven we diverse verticale afspraken alsmede de groepsvrijstellingen met betrekking tot alleenverkoop en exclusieve distributie. In paragraaf 3 beschrijven we waarom contractpartijen en consumenten baat kunnen hebben bij verticale afspraken. In paragraaf 4 gaan we in op afspraken die negatief kunnen uitpakken voor derden, met name voor concurrenten en consumenten. Paragraaf 5 bespreekt twee onderzoeken met betrekking tot verticale prijsbinding in de VS die laten zien dat een verbod op verticale prijsbinding niet in het belang van de consument hoeft te zijn. Paragraaf 6 formuleert de conclusies die uit de paragrafen 3, 4 en 5 getrokken kunnen worden en paragraaf 7 bespreekt en evalueert ten slotte de vier beleidsopties die door de Europese Commissie werden geformuleerd.

## 2. Verticale beperkingen en mededingingsbeleid

Een verticale mededingingsbeperking wordt traditioneel gedefinieerd als een afspraak, gemaakt tussen twee ondernemingen die op een verschillend niveau van de bedrijfskolom actief zijn (de producent en de distributeur), die de vrijheid van handelen van een van de partijen, of beide, beperkt. Het gaat hierbij dus om een contractrelatie die gecompliceerder is dan een gebruikelijke markttransactie: goederen worden niet eenvoudig voor een gegeven eenheidsprijs, en zonder verdere condities, verhandeld. Een classificatie kan gemaakt worden aan de hand van welke contractpartij gebonden wordt (leverancier, distributeur of beide), of aan de hand van de variabele (prijs, hoeveelheid of markt), waarvoor een verbinde- nis wordt aangegaan. Wij zullen voor dit laatste kiezen. Het onderscheid wordt dan dat tussen prijsregelingen, hoeveelheidsregelingen en marktverdelingsregelingen.

### (i) Prijsregelingen

In de meest onschuldige vorm is er sprake van "non-linear pricing", waarbij de prijs per eenheid afhangt van de afgenomen hoeveelheid. Gedacht kan worden aan *kortingsregelingen* (quantumkorting) en "two-part tariffs" (een vast recht en een prijs per eenheid). Hierbij is geen sprake van expliciete binding: gegeven het "schedule" is de distributeur volkomen vrij in het kiezen van zijn afnamehoeveelheid. Kortingsregelingen kunnen echter het karakter aannemen van *getrouw-*

*heidskortingen*, waardoor de distributeur de facto aan de leverancier gebonden wordt. Bij een *getrouwheidskorting* is de inkoopprijs lager voor elke eenheid boven een bepaald minimum, soms onder de additionele voorwaarde dat de distributeur zijn gehele behoefte bij de leverancier afneemt. Clausules van dit type bewerkstelligen dat de marginale prijs bij een concurrerende leverancier hoger is, waardoor het niet snel interessant is met deze zaken te doen en waardoor marktpenetratie bemoeilijkt wordt. "Royalties" kunnen hetzelfde effect hebben.<sup>10</sup>

Bij *verticale prijsbinding* wordt de distributeur expliciet beknot in zijn vrijheid om prijzen te bepalen. Hierbij kan het gaan om vaste prijzen (waarbij de leverancier de wederverkoopprijs volledig vaststelt), minimumprijzen, of maximumprijzen. In de praktijk komt het ook voor dat de leverancier verschillende prijzen berekent al naar gelang de goederen al dan niet worden uitgevoerd (*prijstdiscriminatie*), om te pogen daarmee parallelhandel tegen te gaan.

Op basis van de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie<sup>11</sup> kan geconcludeerd worden dat tegen kortingsregelingen in principe geen mededingingsrechtelijke bezwaren bestaan, dat tegen *getrouwheidskortingen* wordt opgetreden als deze een marktafsluitend effect hebben en dat *prijsbinding* (in welke vorm dan ook) per se verboden is, met in het algemeen geen mogelijkheid tot vrijstelling. Hierbij zij opgemerkt dat het verstrekken van lijsten met aanbevolen prijzen wel is toegestaan, mits de aanbevelingen niet dwingend worden opgelegd. Het belemmeren van parallelhandel gaat in tegen het streven naar eenmaking van de markt en is bijgevolg verboden, met weinig kans op vrijstelling.

### (ii) Hoeveelheidsregelingen

Ook hier kunnen verschillende vormen onderscheiden worden. De distributeur kan tot een *minimale afname* verplicht worden, of hij kan tot een *volledige afname* gedwongen worden. In dit laatste geval is sprake van een *concurrentieverbod*, de distributeur mag geen producten verkopen die met die van de leverancier concurreren. In het geval van *verscheidene goederen* kan de leverancier ook gedwongen worden een *volledig assortiment* te voeren. Dit laatste is een speciaal geval van *koppelverkoop*, de distributeur mag het ene product alleen voeren als hij ook bereid is het andere product te verkopen. Ten slotte kunnen hier ook overeenkomsten met betrekking tot de te leveren *service* genoemd worden, of verplichtingen om bepaalde *verkoopinspanningen* (reclame) te leveren. In het algemeen kan gesteld worden dat het Europese beleid relatief liberaal is ten opzichte van hoeveelheidsregelingen. Afnameverplichtingen worden vaak als onprobleematisch gezien en koppelverkoop levert alleen problemen op als het om niet gerelateerde producten gaat. Exclusieve afnamebeperkingen kunnen er echter toe leiden dat de distributeur gebonden is aan een leverancier en dat bijgevolg de markt voor concurrerende leveranciers (i.h.b. nieuwe toetreders)

10. Zie P. Rey, 1995, a.w. (noot 5) p. 2 voor een beschrijving van deze strategie zoals gebruikt door Microsoft.

11. Voor een uitgebreide beschrijving en beknopte analyse van alle beschikkingen van de Europese Commissie tussen 1 november 1989 en 1 november 1994 inzake verticale mededingingsafspraken verwijzen wij naar het "Onderzoek verticale mededingingsafspraken" dat Caron & Stevens in 1995 verrichtte in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken. Ministerie van Economische Zaken: "Onderzoek verticale mededingingsafspraken" Fase I (31/3/95), Fase IIa (27/6/95) en Fase IIb (29/6/95).

moelijk toegankelijk is. In dit geval wordt opgetreden.<sup>12</sup> (Zie ook beneden.)

(iii) *Marktverdelingsregelingen*

De leverancier kan de markt onder zijn distributeurs verdelen door elk van hen het recht op *alleenverkoop* binnen een bepaald gebied of marktsegment toe te wijzen. De Commissie en het Hof van Justitie maken onderscheid tussen absolute en relatieve gebiedsbescherming. Van *absolute gebiedsbescherming* is sprake als de gebruikers op de alleenverkoper zijn aangewezen of als een van de contractpartijen de parallelle invoer belemmert. In een dergelijk geval zal de overeenkomst in het algemeen verboden zijn. *Relatieve gebiedsbescherming*, toewijzing van een exclusief territorium voor de wederverkoper zonder dat parallelhandel wordt uitgesloten (de consument kan buiten zijn gebied kopen), kan wel worden vrijgesteld, mits ook passieve verkoop door de wederverkoper buiten het gebied niet belemmerd wordt. Een verbod op een actief verkoopbeleid (adverteren, het benaderen van klanten) buiten dat gebied staat zo'n vrijstelling niet in de weg.

De kern van het *Europese mededingingsbeleid* wordt gevormd door de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag. Art. 85, lid 1, verbiedt alle overeenkomsten tussen ondernemingen welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Merk op dat art. 85, lid 1, geen onderscheid maakt tussen horizontale en verticale overeenkomsten. Art. 85, lid 3, geeft de voorwaarden op grond waarvan een overeenkomst van het verbod van art. 85, lid 1, kan worden vrijgesteld. Om voor vrijstelling of ontheffing in aanmerking te komen moet de overeenkomst bijdragen tot verbetering van productie, distributie of technische of economische vooruitgang, en moet een billijk aandeel uit de resulterende voordelen aan de consumenten ten goede komen. Tevens mag de overeenkomst alleen beperkingen opleggen die essentieel zijn om de voordelen te realiseren en moet een voldoende mate van concurrentie in stand blijven. Art. 86 verbodt het misbruik maken van een dominante machtspositie. De procedureregels voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 worden gegeven in verordening nr. 17 die o.a. bepaalt dat overeenkomsten, waarvoor verzocht wordt dat art. 85, lid 1, niet van toepassing wordt verklaard, of waarvoor vrijstelling op basis van art. 85, lid 3, wordt gevraagd, moeten worden aangemeld. De inwerkingtreding van deze verordening leidde tot meer dan 30.000 aanmeldingen in het begin van de jaren zestig, waarvan de meeste betrekking hadden op verticale overeenkomsten. Om de stortvloed te kunnen verwerken, werd het systeem van *groepsvrijstellingen* in het leven geroepen. Hierbij worden bepaalde categorieën van overeenkomsten omschreven die in het algemeen aan de voorwaarden van art. 85, lid 3, worden geacht te voldoen en waarvoor derhalve een vrijstelling geldt. De Commissie heeft een drietal (verticale) groepsvrijstellingsverordeningen vastgesteld: voor *alleenverkoopovereenkomsten* (Verordening nr. 1983/83), voor *exclusieve afnamecontracten* (Verordening nr. 1984/83) en voor *franchising* (Verordening nr. 4087/88).<sup>13</sup> Uit de tekst van de verordeningen blijkt dat vooral argumenten van marktintegratie een rol spelen: door overeenkomsten kunnen "moeilijkheden die zich in het grensoverschrijdend verkeer als gevolg van taalkundige, juridische of andere verschillen kunnen voordoen, gemakkelijker [overwonnen worden]".<sup>14</sup>

Verticale overeenkomsten verbeteren de distributie, daardoor wordt marktpenetratie gemakkelijker en de concurrentie tussen producten intensiever, waardoor ook de consument profiteert.

Kenmerkend voor een *alleenverkoopovereenkomst* is de verplichting van de leverancier om in een bepaald, aan de distributeur toegekend gebied, geen andere wederverkopers te benoemen. De Verordening nr. 1983/83 bevat een "witte lijst" van bepalingen waarvoor de vrijstelling geldt, een indicatieve lijst van bepalingen die in de overeenkomst mogen voorkomen, en een "zwarte lijst" van bepalingen die als gevolg hebben dat de overeenkomst niet voor de groepsvrijstelling in aanmerking komt. In het bijzonder geldt de vrijstelling niet als de alleenverkoper absolute bescherming geniet (d.w.z. als de consumenten in het gebied geen alternatieve bevoorradingsbronnen hebben, of de parallelhandel belemmerd wordt), als de overeenkomst tussen concurrenten wordt aangegaan, of als de alleenverkoper beperkt wordt in zijn vrijheid prijzen of andere verkoopvoorwaarden te bepalen, of in zijn vrijheid om afnemers te kiezen.<sup>15</sup> Anders gezegd, de alleenverkoper mag niet in zijn prijsbeleid belemmerd worden, hem verboden worden buiten het gebied te leveren (hoewel hem wel verboden mag worden daar te adverteren) en de consument moet buiten het gebied kunnen kopen.

Kenmerkend voor een *exclusieve afnameovereenkomst* is dat de wederverkoper zich ertoe verbindt de contractproducten niet van andere leveranciers dan de wederpartij te betrekken. De groepsvrijstellingsverordening 1984/83 specificeert dat de verplichting tot exclusieve afname gepaard mag gaan met een concurrentieverbod inhoudende dat de wederverkoper geen concurrerende producten mag verkopen, alsmede met minimale afnameverplichtingen en volledig assortimentsverplichtingen. Contracten voor onbepaalde duur of met looptijd langer dan vijf jaar zijn uitgesloten, alsmede contracten waarbij de wederverkoper beperkt wordt in zijn vrijheid prijzen of andere verkoopvoorwaarden te bepalen, of om zijn afnemers te kiezen. Speciale regelingen gelden overigens voor bierleveringscontracten en tankstationscontracten, waar contracten met een langere looptijd zijn toegestaan.

Verordening nr. 4087/88 specificeert de voorwaarde waaronder *franchiseovereenkomsten* aan de groepsvrijstelling voldoen. Franchisenetten hebben drie essentiële kenmerken: (i) het gebruik van een gemeenschappelijke naam en uniforme opzet, (ii) de mededeling van know-how door de franchisegever aan de franchisenemer en (iii) de voortdurende verlening van technische of commerciële bijstand door de franchisegever. Franchiseovereenkomsten zijn vrijgesteld mits er geen sprake is van absolute gebiedsbescherming, mits kruislingse leveringen niet belet worden (de franchisenemer moet vrij zijn de producten bij andere franchisenemers te betrekken) en mits aan de franchisenemer geen beperkingen inzake prijsbepaling worden opgelegd.

Een vierde type overeenkomsten dat de Commissie heeft onderscheiden wordt gevormd door de *selectieve distributieovereenkomsten*. Vanwege het relatief geringe aantal aanmeldingen werd hier echter niet tot een groepsvrijstelling besloten, elke overeenkomst wordt individueel beoordeeld.

12. Langnese-Isiglo GmbH, PB 1993, L183/19 en Schöller Lebensmittel GmbH, PB 1993, L183/1.

13. Zie noten 2, 3 en 4.

14. Verordening 1983/83, overweging 5.

15. Zie resp. art. 3 en overweging 8.

Een selectieve distributieovereenkomst houdt een wederzijdse binding in: de leverancier verbindt zich ertoe uitsluitend aan bepaalde ("erkende") wederverkopers te leveren en deze erkende wederverkopers verbinden zich ertoe uitsluitend te handelen met andere erkende distributeurs of met eindgebruikers. Dit soort overeenkomsten komt vooral bij luxe goederen, zoals parfums, voor. Uit de beschikkingenpraktijk blijkt dat selectieve distributieovereenkomsten voor overheffing in aanmerking komen als de selectie van wederverkopers op basis van objectieve, kwalitatieve criteria plaatsvindt. Kwantitatieve criteria (bijvoorbeeld op basis van afzetmogelijkheden in een regio) daarentegen vallen in principe onder het verbod van art. 85, lid 1.<sup>16</sup>

### 3. Private en sociale voordelen

We kunnen er van uitgaan dat de partijen die een verticale overeenkomst afsluiten daar beide baat bij hebben. De vraag is echter hoe derden door de overeenkomst beïnvloed worden. Welke zijn de vormen van marktfalen die, vanuit sociaal oogpunt<sup>17</sup>, beperkingen van het marktmechanisme rechtvaardigen? In deze paragraaf bespreken we een aantal externaliteiten (coördinatieproblemen) die dergelijk ingrijpen in het marktmechanisme rechtvaardigen.<sup>18</sup> Allereerst merken we op dat verticale beperkingen vooral de "intra brand" concurrentie beïnvloeden, de concurrentie tussen actoren die bij hetzelfde product betrokken zijn, dit in tegenstelling tot horizontale afspraken, die afspraken zijn tussen handelaren in concurrerende goederen en die dus vooral de "inter brand" concurrentie beïnvloeden. Het verschil is fundamenteel. Horizontale afspraken zijn afspraken tussen concurrenten en zij schaden i.h.a. de consument omdat ze de mededinging uitschakelen. Verticale afspraken zijn afspraken tussen "complementoren", tussen producenten van complementaire inputs voor hetzelfde eindproduct.<sup>19</sup> Als gevolg van deze relatie treden positieve externaliteiten op, de ene marktpartij profiteert van verkoopinspanningen van de ander, het uitoefenen van marktmacht door de ene partij terwyl de andere partij schaad. Verticale overeenkomsten dienen mede om deze externaliteiten te internaliseren, zonder de beperkingen kan de uiteindelijke prijs te hoog zijn, of de verkoopinspanningen te laag. Omdat in zo'n geval te weinig consumenten bereikt worden of de consumenten een te hoge prijs betalen, kunnen consumenten van de verticale mededingingsbeperkingen profiteren. Consumenten kunnen ook profiteren omdat verticale overeenkomsten kunnen leiden tot meer intense concurrentie tussen merken: door beperking van de "intra brand" competitie wordt de "inter brand" competitie geïntensiveerd. Zo kunnen verticale mededingingsbeperkingen de toetreding tot de markt vergemakkelijken. In de groepsaansluitingsverordening voor alleenverkoopovereenkomsten en exclusieve afnameovereenkomsten benadrukt de Europese Commissie vooral dit laatste argument, dat concentratie van de inspanningen "dikwijls de meest doeltreffende en soms zelfs de enige wijze is om in een markt door te dringen en het hoofd te bieden aan de concurrentie met andere fabrikanten".<sup>20,21</sup> We illustreren in het onderstaande de genoemde algemene principes met enige voorbeelden.

#### (i) De dubbele opslag

Een verkoper die over enige marktmacht beschikt zal een "winstopslag" op zijn kosten zetten. Als zowel leverancier als

distributeur marktmacht hebben zal een dubbele opslag resulteren, die tot een uiteindelijke gebruikersprijs leidt die hoger is dan de prijs die bij een geïntegreerd bedrijf tot stand zou komen.<sup>22</sup> In dit geval is bij verticale separatie zowel de winst als het consumentensurplus lager dan bij een geïntegreerd bedrijf. Niet-lineaire prijschema's of prijsafspraken (maximumprijzen of prijsbinding) kunnen tot hogere welvaart leiden. Ook andere verticale overeenkomsten kunnen hetzelfde effect hebben.<sup>23</sup>

#### (ii) Verkoopinspanning

Bij een "gewone" marktrelatie profiteert de leverancier van elke extra eenheid die de distributeur verkoopt, bijgevolg profiteert de distributeur niet ten volle van zijn verkoopinspanningen (een gedeelte van de opbrengst lekt weg) en dus zal de distributeur, vanuit het oogpunt van de combinatie leverancier/distributeur, te weinig aan verkoopinspanningen doen. Dit zou kunnen leiden tot een te klein aantal consumenten dat het product koopt (bijvoorbeeld omdat men het niet kent of niet weet hoe het werkt) waardoor het consumentensurplus te laag kan zijn. Een contract dat de wederverkoper dwingt een bepaalde inspanning of service te leveren zou een oplossing kunnen bieden. Overigens kan zo'n contract ook tot een teveel aan service leiden, met name voor de inframarginale consumenten. (Zij kopen reeds als minder service geboden wordt, ze hebben de extra service niet nodig, maar worden wel met een hogere prijs geconfronteerd).<sup>24</sup>

#### (iii) Aandachtsverdeling bij meer producten

Als de wederverkoper meer producten verkoopt zal hij zijn inspanningen zo over de activiteiten verdelen dat de marginale opbrengsten gelijk zijn. Indien de marge op een product gering is, kan de wederverkoper besluiten de verkoop van dit product niet te bevorderen. De consumentenbelangen kunnen

16. Zie EZ (1995) a.w. (noot 11).

17. Het beoordelingscriterium is de totale welvaart, de som van de producentenwinsten en het consumentensurplus. Omdat de totale winst van de bij de overeenkomst betrokken partijen omhoog zal gaan (anders zouden zij de overeenkomst niet afsluiten) kunnen we ons beperken tot het onderzoeken van de invloed op de winst van de concurrenten en op het consumentensurplus.

18. Ook andere vormen van marktfalen, zoals informatiesymmetrie, kunnen verticale beperkingen rechtvaardigen: de kwaliteit van de retailer kan een signaal zijn voor de kwaliteit van het product, zie B. Klein en K. Murphy, "Vertical restraints as a contract enforcement mechanism," *J. Law Econ.*, 31, (1988), 265-297.

19. Het is bijgevolg zinvol om verticale afspraken iets algemener te definiëren dan gebruikelijk, nl. als afspraken tussen "complementoren".

20. Overweging 6 in de Verordening 1983/83/EEG en 1984/83/EEG.

21. In de discussie naar aanleiding van de nieuwe Nederlandse Mededingingswet benadrukte de detailhandel vooral het argument dat prijsbinding binnen een keten vooral noodzakelijk zou zijn om zo een uniform prijsbeeld uit te kunnen dragen en aldus effectief te kunnen concurreren met geïntegreerde winkelketens. Zie: Hoofdbedrijfschap Detailhandel: "Krachtenbundeling voor consument en bedrijfsleven" Den Haag, 1995. Het is niet duidelijk of dit argument steekhoudend is; ook met (toegestane) adviesprijzen kan geadverteerd worden. De discussie heeft overigens tot aanpassing van het wetsvoorstel geleid: reclamacijs met maximumprijzen met een duur korter dan 1 maand zijn toegestaan. Zie Tweede Kamer, Vergaderjaar 96/97.

22. J. Spengler, "Vertical integration and antitrust policy," *J.P.E.*, 58, (1950), 347-352.

23. J. Tirole, "The theory of industrial organisation," MIT Press, Cambridge 1988, i.h.b. hoofdstuk 4.

24. Tirole 1988 a.w.

hierdoor geschaad worden en een contract zou een oplossing kunnen bieden.<sup>25</sup>

(iv) *Het "free-rider" probleem*

Indien meer wederverkopers hetzelfde product verkopen, dan heeft elk van hen voordeel bij de verkoopinspanningen van één van hen. Als de één adverteert, vergroot dit de naamsbekendheid van het product waardoor de vraag van de ander kan toenemen. Als de één "pre-sale" service verleent, bijvoorbeeld door uit te leggen hoe het product optimaal functioneert, dan profiteert de klant daarvan, onafhankelijk van waar hij het product koopt. Advertenties en "pre-sale" service brengen echter kosten met zich mee; een wederverkoper zal niet bereid zijn deze te maken als hij er niet in voldoende mate van profiteert. In het bijzonder kunnen discounters, die geen service verlenen, serviceverlenende bedrijven (die hogere kosten hebben en dus hogere prijzen moeten berekenen) van de markt verdrijven, en hierdoor kunnen groepen consumenten in hun belangen geschaad worden. Het toewijzen van exclusieve territoria, waardoor de intra brand concurrentie beperkt wordt, kan een oplossing vormen.<sup>26</sup>

(v) *Het garanderen van een voldoende groot aantal verkooppunten*

Als de intra brand concurrentie intens is zullen er, onder de redelijke aanname dat het voeren van een bepaald product vaste kosten met zich meebrengt, relatief weinig handelaren bereid zijn als wederverkoper voor het product op te treden. Voor consumenten kan deze situatie ongewenst zijn, de transactiekosten om het product te bemachtigen zijn te groot. Door prijsbinding (een bodemprijs) kan het aantal verkooppunten toenemen waardoor het consumentensurplus kan stijgen.<sup>27</sup>

#### 4. Afspraken die de concurrentie schaden

In deze paragraaf bespreken we enkele argumenten waarom verticale afspraken niet in het belang van de consument zouden kunnen zijn. De argumenten vallen in drie klassen uiteen: (i) verticale afspraken kunnen de intensiteit van de inter brand concurrentie verminderen, (ii) ze kunnen tot (horizontale) kartels leiden en (iii) ze kunnen de toetreding tot de markt belemmeren.

(i) *Vergroting marktmacht*

Beschouw concurrentie tussen twee wederverkopers die elk via een exclusief afnamecontract aan een concurrerende leverancier gekoppeld zijn. Omdat de consument "switching costs" heeft als hij besluit de ene distributeur voor de andere te verruilen, heeft elk van hen in wezen ten dele een lokaal monopolie en daarmee marktmacht. Indien de consument gebrekkig geïnformeerd is over de prijzen die de ander hanteert, zal hij, gegeven de prijzen van de een, al snel geneigd zijn bij deze te kopen; de "rationele" verwachting is immers dat de ander vergelijkbare prijzen hanteert zodat het niet loont om de "switching costs" te maken. Een markt waarin distributeurs gebonden zijn aan exclusieve afnamecontracten (met concurrentiebeding) is minder competitief dan een markt waarin dergelijke contracten niet voorkomen. Exclusieve afnameovereenkomsten kunnen door leveranciers gebruikt worden om hun marktmacht te vergroten, zelfs bij normaal concurrentieel gedrag.<sup>28</sup>

(ii) *Verlaging intensiteit van de "inter brand" concurrentie*

Beschouw de concurrentie tussen twee merken, waarbij elk merk in een gegeven regio al dan niet kan kiezen voor een alleenverkoper. Veronderstel dat als niet voor alleenverkoop gekozen wordt, de "intra brand" concurrentie intens is (à la Bertrand) zodat distributeurs gedwongen zijn reducties in de inkoopprijs volledig door te geven aan de consument. Indien geen van beide producenten voor alleenverkoop kiest, reduceert de situatie tot standaard Bertrand concurrentie tussen de twee merken: de "inter brand" concurrentie is intens. Beschouw nu de situatie waarin beide producenten met alleenverkopers werken. Als de merken imperfecte substituten zijn, heeft elk van de wederverkopers marktmacht: een kostprijsverlaging geeft hij niet volledig door aan de consument. Bijgevolg is in dit geval de concurrentie tussen de producenten minder intens: ieder reageert minder sterk op een prijsverlaging van de ander. Als gevolg hiervan zijn zowel de inkoop- als de verkoopprijzen hoger als beide producenten voor alleenverkoop, in een Nash evenwicht zullen beide producenten voor alleenverkoop kiezen.<sup>29</sup> Sterker nog, iedere producent heeft een individueel belang bij alleenverkoop, in een Nash evenwicht zullen beide producenten voor alleenverkoop kiezen.

(iii) *Distributiekartels*

In theorie zou een verticale beperking (bijvoorbeeld prijsbinding) door de distributeurs kunnen worden afgedwongen bij de producent om op deze manier de "intra brand" concurrentie uit te schakelen. Volgens deze theorie zou de producent gedwongen worden mee te werken onder dreiging van de boycot dat distributeurs anders niet bereid zouden zijn diens producten af te nemen. Met andere woorden, verticale restricties zouden gebruikt kunnen worden om een horizontaal kartel te vormen. De economische theorie suggereert dat, vanwege de heterogeniteit van distributeurs in de meeste markten, dergelijke pogingen tot kartelvorming veelal niet succesvol zullen zijn. Echter, zoals de recente ervaring met Zwitserse boekhandels laat zien, is de mogelijkheid van kartelvorming door verticale prijsbinding niet volledig hypothetisch.<sup>30</sup>

(iv) *Productiekartels*

De economische theorie suggereert dat kartelvorming moeilijker is naarmate er meer deelnemers zijn, deze een grotere mate van heterogeniteit vertonen, of de situatie dynamischer is. Als deze intuïtie juist is, dan zouden verticale beperkingen (in het bijzonder prijsbindingen) een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan kartels van concurrerende producenten. Verticale overeenkomsten reduceren immers het aantal onafhankelijke marktpartijen, zij reduceren de heterogeniteit

25. R.L. Steiner, "The inverse association between the margins of manufacturers and retailers," *Rev. I.O.*, 8, (1993), 717-740.

26. L. Telser, Why should manufacturers want fair trade?, *J. Law. Econ.*, 3, (1960), 86-105.

27. De "outlets hypothesis" werd eerst geformuleerd door Yarny in 1954. Zie V. Versuden "Resale price maintenance and outlet density" (mimeo, CentIR, KU1B, 1997) voor recent onderzoek en literatuurverwijzingen. Zie ook R. Deneckere, H. Marvel en J. Peck, "Demand Uncertainty, inventories and Resale Price Maintenance," *Quart. J. Econ.*, 111, (1996), 883-913.

28. Zie P. Klempeter, "Competition when consumers have switching costs: An overview," *Rev. Econ. Stud.*, 62, (1995), 515-539.

29. P. Roy en J. Stiglitz, "The role of exclusive territories in producers' competition", *Rand J. Econ.*, 26, (1996), 431-451.

30. Zie P. Roy 1995, a.w. (noot 8).

(alleen producenten zijn actief) en ze maken de situatie overzichtelijker zodat een overeenkomst eenvoudiger te identificeren is en ook gemakkelijker kan worden afgedwongen. Gesteld moet worden dat formele argumenten die deze intuïtie onderbouwen schaars zijn.

#### (v) Marktafgrendeling

Indien, in een bepaalde regio, de belangrijkste distributeurs via exclusieve afnameovereenkomsten aan gevestigde producenten gekoppeld zijn, wordt toetreding voor een nieuwe producent belemmerd; deze moet immers extra kosten maken om zijn product aan de man te brengen. De consument wordt in zijn belangen geschaad als op deze manier meer efficiënte producenten van de markt geweerd worden. Om te bevoordelen of deze mogelijkheid realistisch is, moet nagegaan worden waarom een distributeur er belang bij heeft om een exclusieve afnameovereenkomst met een minder efficiënte producent af te sluiten: waarom speelt hij de producenten niet tegen elkaar uit? Aghion en Bolton<sup>31</sup> hebben laten zien waarom de distributeur er baat bij kan hebben zich, via een boeteclausule in het contract, te binden. Deze clausule leidt tot een lagere groothandelsprijs bij de gevestigde producent en een afkoopsom in het geval de nieuwe producent toetreedt. In wezen vormen de gevestigde producent en distributeur een coalitie tegen de nieuwe producent. Het uitoefenen van marktmacht kan ertoe leiden dat de nieuweling niet toetreedt waardoor consumenten benadeeld worden.

#### (vi) Afschrikking

Het toewijzen van het alleenverkooprecht in een bepaald gebied, met verder volledige vrijheid voor de wederverkoper, kan een middel zijn om toetreding af te schrikken. Allereerst is de distributeur wellicht beter op de hoogte van wat er in zijn (beperkte) gebied gebeurt zodat hij snel kan reageren indien gewenst. Ten tweede heeft de alleenverkoper andere prikkels om te reageren. Hij is alleen geïnteresseerd in wat binnen het gebied gebeurt, negatieve spillovers buiten het gebied deren hem niet. Als gevolg hiervan reageert een alleenverkoper agressiever dan de producent zelf zou doen. De producent profiteert van het delegeren van beslissingen omdat op deze manier meer toetreders geweerd worden. Aldus wordt de interbrand concurrentie beperkt, waarvan de consument de nadelen ondervindt.<sup>32</sup>

### 5. Verticale prijsbinding

We spreken van *verticale prijsbinding* als de producent de vrijheid van de distributeur beperkt om zelf zijn prijzen te bepalen. Er kan daarbij sprake zijn van een vaste prijs (de producent dicteert de prijs), een maximumprijs of een minimumprijs. Prijsregelingen worden tot de zwaarste vormen van mededingingsbeperkingen gerekend en zowel horizontale als verticale prijsbinding is in het kader van art. 85, lid 1, verboden. Uit de beschikkingenpraktijk van de Commissie blijkt dat elke beknotting van de vrijheid van prijszetting van de distributeur niet voor vrijstelling op grond van art. 85, lid 3, in aanmerking komt. (Het doen van een prijsaanbeveling is wel toegestaan). In andere landen wordt verticale prijsbinding even vijandig tegemoet getreden. In Duitsland wordt voor verticale overeenkomsten van het misbruikstelsel uitgegaan, maar is verticale prijsbinding principieel verboden. In de Verenigde Staten worden verticale afspraken die niet op de prijzen betrekking hebben op hun merites onderzocht

("rule of reason") maar is verticale prijsbinding onwettig. In het Verenigd Koninkrijk is verticale prijsbinding eveneens onwettig, maar is deze wel toegestaan wanneer de Restrictive Practices Court besluit dat het niet opleggen van minimumverkoopprijzen per saldo nadelig voor de consument zou uitpakken.<sup>33</sup>

Op basis van de economische theorie is niet goed te beargumenteren waarom verticale prijsbinding in se verdacht zou zijn dan andere verticale mededingingsbeperkingen: elke beperking kan positief of negatief uitpakken. In deze paragraaf laten we zien dat verticale prijsbinding voor de consument aantrekkelijk kan zijn en dat er bijgevolg geen goede argumenten zijn voor een in se verbod zonder mogelijkheid van ontheffing. Prijsbinding zou niet apart behandeld moeten worden.

Ippolito<sup>34</sup> beschrijft en analyseert alle 203 gevallen van verticale prijsbinding die in de VS. in de periode 1975-1982 onderzocht werden. Gedurende deze gehele periode was verticale prijsbinding (RPM, "resale price maintenance") onwettig. In 45 van deze gevallen was verticale prijsbinding de enige aanklacht, in 122 gevallen waren er bezwaren tegen andere verticale beperkingen en in 105 gevallen was tevens sprake van horizontale beperkingen of van uitoefenen van marktmacht. Ippolito vindt dat in ongeveer 7% van de gevallen een verwijzing naar distributiekartels voorkomt en in ongeveer 6% een verwijzing naar productiekartels. Zij concludeert dat "this evidence also suggests that noncollusive uses of RPM are far more common than collusive uses". De in paragraaf 3 genoemde argumenten voor het bestaan van verticale overeenkomsten spelen alle een rol, waarbij het "free-rider" argument een belangrijke rol speelt: dit verklaart ongeveer 65% van de steekproef, echter niet de gehele steekproef.

Een informatieve "case-study," beschreven in Ippolito en Overstreet<sup>35</sup>, bevat meer detail. De auteurs beschouwen het gebruik van verticale prijsbinding (het zetten van minimumprijzen) door Corning Glass Works, een producent van glazen kookgerei. Vermoedelijk is de merknaam Pyrex bekend. Ten tijde van de "Fair Trade Act" was verticale prijsbinding in diverse Staten van de VS toegestaan, onder voorwaarde dat de distributeur akkoord ging. Corning implementeerde haar RPM door groothandelaren te verbieden te leveren aan distributeurs die geen RPM-overeenkomst met Corning gesloten hadden. In 1975 verbood de FTC deze contracten waardoor het voor Corning de facto onmogelijk werd de RPM te handhaven. Het bedrijf besloot dan ook de prijzen helemaal vrij te laten. Ippolito en Overstreet beschrijven welke consequenties dit had voor Corning, voor de concurrenten van Corning en voor de consumenten.

Het is allereerst instructief de argumenten te beschouwen die Corning gaf om de minimumprijzen te rechtvaardigen. Merk op dat het hier gaat om relatief eenvoudige, bekende produc-

31. P. Aghion en P. Bolton, "Contracts as a barrier to entry," *Am. Econ. Rev.* 77, (1987), 388-401. Zie J. Brodley en C. Ma, "Contract penalties, monopolizing strategies, and antitrust policy," *Stanford Law Review*, 45, (1993), 1161-1213, voor een toepassing van die theorie in mededingingsanalyse.

32. P. Roy en S. Stiglitz, a.w.

33. Zie het EU Groenboek voor meer details.

34. P. Ippolito, "Resale price maintenance: empirical evidence from litigation," *J. Law Econ.*, 34, (1991), 263-294.

35. P. Ippolito en T. Overstreet, "Resale price maintenance: An economic assessment of the federal trade commission's case against the Corning Glass Works," *J. Law. Econ.*, 39, (1996), 285-329.



ten zodat de speciale dienstverlening en "free-rider" argumenten weinig kracht hebben. Conring refereert in het bijzonder aan de argumenten (iii) en (v) uit paragraaf 3: als de detailhandelmarges te klein zijn, of de concurrentie door discounters te intensief, dan zullen keukenspecialisten hun aandacht van Conring's producten afwenden en deze eventueel zelfs uit het assortiment verwijderen. Daarnaast wordt een derde, specifiek argument gebruikt. De producten van Conring dienen vaak als cadeau, echter hiervoor is het essentieel dat de prijs redelijk uniform is in een bepaald gebied. Als diegene aan wie ik het cadeau gegeven heb later het product voor een (veel) lagere prijs in de winkel ziet, kan onze vriendschap een knauw krijgen (heeft hij slechts zo weinig voor mij over?) en zo'n risico loop ik liever niet. Een deel van de consumenten is dus niet zozeer in een lage prijs als wel in een uniforme prijs geïnteresseerd, bij niet-uniforme prijzen kan de vraag teruglopen.

Tegenover bovenstaande, positieve, argumenten staan de negatieve argumenten uit paragraaf 4. A priori beschouwen Ippolito en Overstreet deze niet als erg krachtig. De distributeurs zijn erg heterogeen en groot in aantal, en de markt is dynamisch zodat een distributiekartel onwaarschijnlijk is. Ook een producentenkartel ligt niet voor de hand: de concurrenten van Conring hanteerden geen prijsbinding. De FTC-onderzoekingen leverden ook geen enkel bewijs op van kartelvorming. Men mag dus reeds vermoeden dat prijsbinding vooral efficiëntieverhogende effecten had. Wat zeggen de data?

Ippolito en Overstreet stellen vast dat na het verbod op prijsbinding de omzet van Conring met 40% inzakte, dit terwijl de omzet van Conring's concurrenten nauwelijks veranderde. Deze resultaten zijn niet consistent met de hypothese van een distributiekartel, maar wel (zwak) met een producentenkartel (men zou echter een sterkere reactie van de omzet van de concurrenten verwachten), en ook met de hypothesen zoals geformuleerd in paragraaf 3. Als reactie op het verbod ging Conring meer adverteren, terwijl concurrenten hun gedrag niet aanpasten. Een verklaring zou kunnen zijn dat Conring de teruglopende aandacht van wederverkopers moest compenseren. Ten slotte daalde de beurswaarde van Conring telkens bij nieuws dat prijsbinding verboden zou worden terwijl de beurswaarde van concurrenten opveerde bij zulk nieuws. Deze reacties zijn inconsistent met de hypothese van een producentenkartel (dan zou van elk bedrijf de beurswaarde moeten dalen), maar zijn wel consistent met de hypothese dat prijsbinding dient om externaliteiten te internaliseren. Gecombineerd leidt het beschikbare bewijs tot de conclusie dat het verbieden van prijsbinding door Conring voornamelijk negatief uitwerkte.

## 6. Economische beoordeling

Welke algemene conclusies kunnen uit de bovenstaande economische analyse getrokken worden? Hoe kunnen deze conclusies in richtlijnen voor het beleid vertaald worden? Wat zijn de implicaties met betrekking tot de door de Europese Commissie geformuleerde opties?

Een eerste conclusie is dat er een fundamenteel verschil is tussen verticale overeenkomsten en horizontale overeenkomsten. Een onderscheid moet gemaakt worden tussen "intra brand" concurrentie, binnen een merk, en "inter brand" concurrentie, tussen merken. Horizontale overeenkomsten beperken de "inter brand" concurrentie. Concurrenten hebben baat

bij zulke afspraken omdat deze hun winsten verhogen, dit ten nadele van de consumenten. Een krachtig mededingingsbeleid is nodig om dergelijke afspraken tegen te gaan. Verticale overeenkomsten beperken de "intra brand" concurrentie, zij sluiten de concurrentie tussen "complementoren" (producenten van complementaire inputs van hetzelfde eindproduct) uit. Omdat de ene complementor schade ondervindt van het uitoefenen van marktmacht door de ander, zijn de partijen die bij een verticale overeenkomst betrokken zijn natuurlijke bondgenoten van de consument. Bijgevolg zijn verticale overeenkomsten in het algemeen minder verdacht dan horizontale.

Een tweede conclusie is dat desalniettemin geen eenvoudige algemene uitspraken mogelijk zijn. Verticale overeenkomsten zijn niet altijd onschadelijk, ze kunnen in bepaalde situaties concurrentiebeperkend zijn. Zoals gesteld beperken verticale overeenkomsten de "intra brand" concurrentie. Of de positieve dan wel de negatieve effecten overheersen hangt af van de gevolgen die deze beperkingen hebben op de "inter brand" concurrentie, op de concurrentie tussen merken. Naar welke kant de balans doorslaat hangt af van de aard van het product en van de marktstructuur. Zo is voor producten waarover de consument a priori slecht geïnformeerd is (bijvoorbeeld omdat ze nieuw zijn, of complex, of omdat ze infrequent gekocht worden) "pre-sale" advies belangrijker dan voor producten waarvan de intrinsieke kwaliteit bekend is, zodat voor de eerste groep de argumenten uit paragraaf 3 (met name de punten (ii), (iii), (iv)) meer gewicht in de schaal leggen.

Dat de marktstructuur relevant is, volgt uit een vergelijking van de argumenten uit de paragrafen 3 en 4, alsmede uit een gedetailleerde beschouwing van de onderliggende economische modellen.<sup>36</sup> Als de concurrentie tussen merken intens is, dan is het waarschijnlijker dat de consumenten profiteren van een beperking van de "intra brand" concurrentie. Een verticale beperking maakt de verticale structuur tot een meer efficiënte concurrent en de concurrentie dwingt de structuur om een deel van de resulterende voordelen door te geven aan de consument. Formele analyse laat ook zien dat de strategische effecten, het gebruik van verticale beperkingen om de concurrentie tot minder agressief gedrag te verleiden (argument (ii) uit paragraaf 4), minder belangrijk zijn naarmate de concurrentie op de markt intenser is. Met andere woorden, op een markt die redelijk competitief is, is van een verticale mededingingsbeperking weinig gevaar te duchten.

Een derde conclusie, die niet geheel onafhankelijk is van de voorgaande is dat de juridische vorm van de beperking weinig zegt over de economische consequenties ervan op de markt. Dezelfde clause kan in de ene situatie positief uitwerken en in de andere situatie negatief. Bijgevolg kan een beleid dat economische efficiency en het welzijn van de consument als doelstellingen heeft niet zinvol bij de juridische vorm van de mededingingsbeperking aangrijpen; het beleid gaat bij voorkeur uit van een economische analyse op basis van de marktstructuur.

Gerelateerd aan het bovenstaande is de vierde conclusie dat het aantal clauses dat in een beperking is opgenomen weinig zegt over de werkzaamheid van de beperking: twee beperkende clauses zijn niet noodzakelijk meer verdacht, of slechter voor het welzijn van de consument, dan één clause.

36. Zie P. Rey and J. Tirole, "The logic of vertical restraints," *Am. Econ. Rev.*, 76, 1986, 921-939, voor de rol van onzekerheid over de marktvraag.

le. Een voorbeeld mag dit verduidelijken. Veronderstel dat een exclusief gebied wordt toegewezen om het "free-rider" probleem te omzeilen. Op deze manier kan aan de alleenverkoop marktmacht gegeven worden. De leverancier kan er dan baat bij hebben deze marktmacht via een tweede beperking, bijvoorbeeld het bepalen van een maximum verkoopprijs, te beteugelen. In dit geval zijn twee beperkingen nodig om twee problemen tegelijkertijd op te lossen, elke beperking afzonderlijk mist het doel.

Een vijfde conclusie is dat de meer vijandige houding ten opzichte van prijsrestricties, in vergelijking met niet-prijsrestricties, op basis van de economische theorie niet goed te rechtvaardigen is. In de vorige paragraaf hebben we gezien dat verticale prijsbinding in het belang van de consument kan zijn; een minder intense "intra brand" concurrentie kan ertoe leiden dat het product eenvoudiger verkrijgbaar is, waardoor de som van de transactiekosten en de prijs voor de consument uiteindelijk lager uitvalt. Dit argument lijkt in verschillende situaties van toepassing te zijn. Daarenboven laat theoretische economische analyse zien dat prijs- en niet-prijsrestricties vaak substituten zijn (met de ene vorm kan precies hetzelfde bereikt worden als met de andere) en dat, in bepaalde situaties, niet-prijsrestricties duidelijk slechter voor de consument kunnen uitpakken dan verticale prijsbinding. (Vergelijk het bovenstaande voorbeeld van een alleenverkoopcontract.) Een zesde conclusie heeft betrekking op de implicaties van het beleid voor de marktstructuur. Het beleid zou neutraal moeten zijn ten opzichte van de organisatievorm van marktpartijen, zolang deze vorm de consumenten indifferent laat. Veronderstel dat het beleid met betrekking tot verticale overeenkomsten dusdanig streng is dat producenten en distributeurs besluiten te fuseren tot een verticaal geïntegreerd bedrijf. Stel dat de mededingingsregels geen beletsel voor een fusie vormen. Dit bedrijf heeft dan mogelijkheden, zoals prijsbinding, die in de oorspronkelijke situatie niet voorhanden waren. Stel dat deze mogelijkheden niet leiden tot veroordeling wegens misbruik van een machtspositie op basis van art. 86. Als aan de veronderstellingen voldaan is, wordt een geïntegreerd bedrijf dus welwillender behandeld dan een niet-geïntegreerd bedrijf, en bevoordelen de mededingingsregels de ene organisatievorm boven de andere. De conclusie zou moeten zijn dat de oorspronkelijke verticale beperkingen te vijandig tegemoet werden getreden. Als bij integratie van de verticale structuur niet zou worden opgetreden, dan moet ook bij de verticale overeenkomsten, wat deze ook zijn, niet worden opgetreden.

Een laatste conclusie heeft betrekking op de interne consistentie van de doelstellingen van het beleid. In het Europese beleid worden twee doelstellingen nagestreefd, marktintegratie en economische efficiency. Deze twee doelstellingen kunnen echter conflicterend zijn. Prijsdiscriminatie kan noodzakelijk zijn om een efficiënte allocatie te realiseren. Daar parallelhandel de mogelijkheid tot prijsdifferentiatie ondermijnt, kan marktintegratie het onmogelijk maken een efficiënte allocatie te realiseren. Absolute gebiedsbescherming kan noodzakelijk zijn om een efficiënte distributiestructuur op te zetten. Zeker als de investeringskosten die verzonken moeten worden hoog zijn, zal de distributeur zekerheden wensen alvorens zich in het avontuur te storten. Hoewel parallelhandel ex post gewenst kan zijn, kan deze tot ex ante inefficiënties leiden.

## 7. Conclusie: de opties

In deze slotparagraaf bespreken we de implicaties van het bovenstaande voor de beoordeling van de door de Europese commissie geformuleerde opties met betrekking tot het toekomstige beleid ten aanzien van verticale overeenkomsten. In het Groenboek formuleert de Europese Commissie vier opties. De Commissie is bereid ook andere suggesties in overweging te nemen, echter deze moeten aan een aantal randvoorwaarden voldoen:

- (i) de gesuggereerde oplossingen mogen de grenzen van art. 85, zoals door de Gemeenschappelijke rechterlijke instanties uitgelegd, niet te buiten gaan;
- (ii) belemmering van de parallelhandel zal als in se strijdig met art. 85, lid 1, worden beschouwd en zal in de regel ook niet in aanmerking kunnen komen voor vrijstelling op basis van art. 85, lid 3;
- (iii) verticale prijsbinding zal als in se strijdig met art. 85, lid 1, worden beschouwd en zal in de regel ook niet in aanmerking kunnen komen voor vrijstelling op basis van art. 85, lid 3.

Zoals we in het bovenstaande gezien hebben zijn bij deze uitgangspunten wel enige kanttekeningen te plaatsen. Er zijn goede argumenten om verticale beperkingen anders te behandelen dan horizontale; net als in Duitsland zouden verticale beperkingen onder het misbruikstelsel kunnen vallen. Belemmeringen van de parallelhandel kunnen in het belang van de consument zijn en verticale prijsbinding is niet per se meer verdacht dan een willekeurige andere verticale mededingingsbeperking.

De vier opties die de Commissie formuleert zijn de volgende.

### 1. Behoud van het huidige systeem

#### 2. Extensievere groepsvrijstellingen

De huidige systematiek en procedures zouden nagenoeg onveranderd blijven, maar meer clausules zouden onder de groepsvrijstellingen worden gebracht en zij zouden minder rigide worden uitgelegd, zodat het gehele systeem flexibeler wordt, dit bij gelijktijdige verhoging van de rechtszekerheid. Enige concrete suggesties die in dit verband gedaan worden zijn:

- (i) het voorkomen van een verboden clausule zou niet noodzakelijk betekenen dat de rest van de overeenkomst niet vrijgesteld is;
- (ii) een groepsvrijstelling zou ook van toepassing kunnen zijn op overeenkomsten tussen meer dan twee partijen;
- (iii) een groepsvrijstelling voor selectieve distributie;
- (iv) in franchise-overeenkomsten zou het maken van afspraken met betrekking tot de maximumwederverkoopprijs kunnen worden toegestaan, en
- (v) associaties van detailhandelaars uit het midden- en kleinbedrijf zouden van de groepsvrijstellingen gebruik kunnen maken.

#### 3. Restrictievere groepsvrijstellingen

Bij deze optie zouden de huidige groepsvrijstellingen nog slechts van toepassing zijn wanneer geen der partijen in het contractgebied een aandeel van meer dan bijvoorbeeld 40% op de relevante markt heeft. Boven deze drempel zou geen

groepsvrijstelling gelden, althans niet voor de volgende beperkingen:

- (i) bescherming tegen actieve verkoop van buiten het gebied, en
  - (ii) het verbod om concurrerende producten te verkopen.
- Beneden de marktaandeeldrempel zouden ook hier de in optie 2 gedane suggesties kunnen worden overgenomen.

#### 4. Beperking van de werkingssfeer van art. 85, lid 1

In deze optie zouden, onder omschreven omstandigheden, bepaalde verticale overeenkomsten van het verbod van art. 85, lid 1, worden uitgezonderd. Dit zou leiden tot een flexibeler behandeling van verticale overeenkomsten tussen ondernemingen zonder sterke machtspositie, waarbij de nadruk meer op economische argumenten komt te liggen. Concreet wordt voorgesteld om voor ondernemingen met een marktaandeel van minder dan bijvoorbeeld 20% een weerlegbaar vermoeden van vernigbaarheid met art. 85, lid 1, in het leven te roepen, dat zou gelden voor alle verticale restricties met uitzondering van prijsbinding of belemmering van parallelhandel. Op grond van een marktanalyse zou de Commissie het vermoeden van negatieve verklaring kunnen weerleggen. Voor overeenkomsten die wel onder het verbod van art. 85, lid 1, vallen, zou het systeem van groepsvrijstellingen kunnen blijven gelden, waarbij twee varianten, overeenkomstig de opties 2 en 3, denkbaar zijn. Zoals uit de voorgaande paragrafen blijkt, heeft vanuit economisch oogpunt, uit deze lijst van opties, de laatste de voor-

keur. Hierbij moet overigens wel worden aangetekend dat marktaandeel een zeer imperfecte indicator van marktmacht kan zijn. De regel die vanuit economisch oogpunt wellicht ideaal is is "de verticale beperking in toestaan als de marktmacht gering is of als de beperking de marktmacht niet vergroot; zij is verboden in alle andere gevallen" maar deze regel zou met teveel rechtsonzekerheid gepaard kunnen gaan. De "trade-off" tussen economische en juridische argumenten zou dan tot optie 4 leiden, waarbij dan de (impliciete) aanname gemaakt wordt dat marktaandeel een redelijke indicator voor marktmacht is. Onder deze aanname is het dan ook redelijk optie 4 te koppelen met optie 3 (geen vrijstelling boven een bepaald marktaandeel) alsmede met flexibiliteit (optie 2) beneden dat marktaandeel. Overigens is hierbij ook niet duidelijk dat voor elke clause dezelfde drempel zou moeten gelden; zoals uit het voorgaande bleek, kan het met hoevelheidsregelingen relatief gemakkelijker zijn de distributeur te binden. Wellicht moet men in zulke gevallen dus wat alerter zijn. Natuurlijk moet altijd de mogelijkheid van individuele ontheffingen openstaan, dit om die gevallen te dekken waar het marktaandeel groot is maar de marktmacht gering. (Het andere geval, klein marktaandeel maar grote marktmacht, wordt reeds door optie 4 afgedekt).

Zoals eerder in deze paragraaf aangegeven is echter niet duidelijk dat door het combineren van elementen uit de verschillende opties het optimum bereikt kan worden: de door de Commissie gestelde restricties kunnen het globale optimum uitsluiten.

## JURISPRUDENTIE

B. HOF VAN JUSTITIE VAN DE  
EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Zaak C-180/96 R, Verenigd Koninkrijk/Commissie, Beschikking van het Hof van 12 juli 1996; en zaak T-76/96 R, National Farmers' Union e.a./Commissie, Beschikking van de President van het Gerecht van 13 juli 1996

*Verzoeken tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie van 27 maart 1996 inzake spoedmaatregelen ter bescherming tegen bovine spongiforme encefalopathie (Beschikking 96/239/EG)*

Zaak C-180/96 R van 12 juli 1996, Jur. 1996, p. I-3903.

Zaak T-76/96 R van 13 juli 1996, Jur. 1996, p. II 815.

Terwijl in het voorjaar van 1996 een meerderheid van de bevolking binnen de Gemeenschap als gevolg van de laatste berichten over de (mogelijke) gevaren van de gekke-koeienziekte massaal overstapte op de consumptie van kip en vis, dienden in Luxemburg twee kort geding procedures tegen de communautaire maatregelen gericht

op een beperking van de uitvoer van rundren en rundvleesproducten vanuit het Verenigd Koninkrijk. Een van deze procedures werd aangespannen door het Verenigd Koninkrijk en diende voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (het "Hof"). Op 12 juli 1996 wees het Hof het verzoek van het Verenigd Koninkrijk tot (partiele) opschorting van de betrokken maatregelen af (zaak C-180/96 R).<sup>1</sup> Een dag later stelde de President van het Gerecht van Eerste Aanleg (het "Gerecht") zijn beschikking vast in het tweede kort geding, dat werd ingeleid door de National Farmers' Union, een belangenvereniging voor boeren in Engeland en Wales, en enige ondernemingen actief in de Britse rundvleesindustrie (gezamenlijk, de "NFU") (zaak T-76/96 R).<sup>2</sup> Ook de NFU kreeg nul op het rekest.

Hoewel in beide kort-gedingprocedures het verzoek tot opschorting van de betrokken communautaire maatregelen uiteindelijk werd afgewezen, brengt een nadere analyse van de beschikking van het Hof, enerzijds, en de beschikking van de President van het Gerecht, anderzijds, opmerkelijke verschillen aan het licht. In het onderstaande worden bedoelde verschillen in kaart gebracht. Eerst volgt echter een overzicht van enkele relevante feiten en wordt ingegaan op enkele procedurele aspecten van de betrokken zaken.

#### Enkele feiten met betrekking tot de door de gekke-koeienziekte veroorzaakte crisis

Bovine Spongiforme Encefalopathie ("BSE"), beter bekend als de gekke-koeienziekte, werd in het Verenigd Koninkrijk voor het eerst ontdekt in 1986. De incubatietijd van BSE bedraagt een periode van enkele jaren. Sinds 1988 is in het Verenigd Koninkrijk bij meer dan 160.000 runderen BSE vastgesteld. BSE maakt deel uit van een groep van ziekten, gezamenlijk aangeduid als besmettelijke spongiforme encefalopathiën. Besmettelijke spongiforme encefalopathie leidt tot een degeneratie van de hersenen. Voorts vertonen de zenuwcellen van de hersenen van het slachtoffer een sponsachtig uiterlijk. Bedoelde ziekten komen zowel bij verschillende diersoorten als de mens voor. Bij de mens bestaan verschillende vormen van spongiforme encefalopathie, waaronder de ziekte van Creutzfeldt-Jakob. Deze ziekte kenmerkt zich door een snel voortschrijdende demantie. In het algemeen overlijdt het slachtoffer binnen een aantal maanden na het optreden van de eerste ziekteverschijnselen. De waarschijnlijke oorzaak van BSE is gelegen in het gebruik van voer voor runderen, waarin eiwitten afkomstig van schapen besmet met scrapie (i.e. een bepaalde vorm van spongiforme encefalopathie) zijn verwerkt. Hoewel de overdraagbaarheid van BSE op de mens wetenschappelijk niet is aangetoond, is in het Verenigd Koninkrijk steeds met deze mogelijkheid rekening gehouden en zijn pre-